

Č. j.: 2R 36/04 – Hr

V Brně dne 13. září 2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 31.5.2004 a doplněném dne 1.9.2004 společností SDS EXMOST, spol. s r. o., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Pavlem Jankůjem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.4.2004 č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelstvím silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem, učiněných při zadání veřejné zakázky „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“ formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., uveřejněním dne 24.9.2003 v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der ze dne 30.4.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. generálním ředitelem Ing. Petrem Laušmanem (dále jen „zadavatel“), zadal formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“), veřejnou zakázku „I/8 Bořislav – Teplice – oprava mostů“ uveřejněním dne 24.9.2003 v Obchodním věstníku č. 38/03 pod zn. 179742-38/03.

Zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel celkem deset nabídek, z nichž jednu komise pro posouzení a hodnocení nabídek navrhla k vyřazení a zadavatel příslušného uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži svým rozhodnutím ze dne 7.11.2003. Komise dále doporučila k vyřazení nabídku uchazeče SDS EXMOST spol. s r. o., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Pavlem Jankůjem (dále jen „SDS EXMOST“), nabídku uchazeče Stavby silnic a železnic, a. s., odštěpný závod Ústí nad Labem, a společnou nabídku uchazečů SANGREEN, spol. s r. o., a COLAS CZ, a. s. U uchazečů SDS EXMOST a SANGREEN, spol. s r. o. a COLAS CZ, a. s. se zadavatel s doporučením komise ztotožnil a rozhodnutím ze dne 15.12.2003 příslušné uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži. Uchazeč SDS EXMOST podal proti tomu rozhodnutí námitky, kterým zadavatel vyhověl a zařadil uchazeče zpět do soutěže. Následně komise jako nejvhodnější posoudila nabídku uchazeče SDS EXMOST, na druhém místě pak nabídku uchazeče INSKY spol. s r. o., se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, zast. jednatelem Lubomírem Červinským (dále jen „INSKY“) a na třetím místě nabídku uchazeče MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy Plzeň-Dobřany, kom. spol., se sídlem lom Hamr, 340 01 Sušice, zast. jednatelem komplementáře Josefem Krýslem (dále jen „MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL“). Zadavatel se s doporučením komise ztotožnil a dne 15.1.2004 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč INSKY dne 23.1.2004 námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 2.2.2004 nevyhověl a současně poučil uchazeče INSKY o možnosti podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Uchazeč INSKY svého práva využil a návrh k Úřadu dne 13.2.2004 podal. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, uchazeče SDS EXMOST, uchazeče INSKY a uchazeče MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL.

Uchazeč INSKY ve svém návrhu namítá pochybení zadavatele při posuzování obsahu nabídky předložené uchazečem SDS EXMOST, který dle názoru navrhovatele neprokázal další předpoklady pro plnění veřejné zakázky, a zadavatel jej přesto nevyločil z další účasti v soutěži. Další předpoklady pro plnění veřejné zakázky měly být prokázány v souladu s pokyny v zadávací dokumentaci, a to vyplněním příslušných formulářů, včetně příloh. V souvislosti s prokázáním finančních předpokladů pro plnění veřejné zakázky vyplněním formuláře č. 4.4 „Finanční výkazy“, cituje uchazeč INSKY požadavek zadavatele: „Připojte reference/potvrzení o finanční situaci společnosti a výši možného úvěru (uvést maximální objem úvěru) v Kč nebo v ekvivalentu Kč“. Podle názoru uchazeče INSKY soutěžní podmínky nepochybně dostatečně vymezovaly způsob prokázání finančního předpokladu pro plnění veřejné zakázky, což vyplývá i ze skutečnosti, že uvedený požadavek zadavatele ostatní uchazeči o veřejnou zakázku splnili. Uchazeč INSKY se ve svém návrhu neztotožňuje s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že podmínka doložení referencí či

potvrzení se vztahuje pouze k finanční situaci uchazečů a nikoli k výši možného úvěru. Dle názoru navrhovatele nesplnil uchazeč SDS EXMOST požadavek zadavatele a neprokázal konkrétní maximální výši úvěru. Uchazeč INSKY ve svém návrhu rovněž vyjadřuje domněnku, že uchazeč SDS EXMOST neprokázal požadavek zadavatele na zajištění systému řízení jakosti, neboť v příslušném formuláři neuvedl do přehledu technologií, u nichž je nezbytné prokazovat odbornou způsobilost k zajištění jakosti, všechny požadované odvětvové klasifikace ekonomických činností, a to ani prostřednictvím případných subdodavatelů, přičemž v návrhu konkrétně poukazuje na diagnostické práce, geodetické práce a dopravní značení. Přestože uchazeč SDS EXMOST ve zmiňovaných případech neprokázal předpoklady pro plnění veřejné zakázky, nevyločil zadavatel jmenovaného uchazeče z další účasti v soutěži, a jeho nabídku vybral jako nejvhodnější. Z uvedeného důvodu uchazeč INSKY navrhuje, aby orgán dohledu rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky zrušil a uložil zadavateli provést nový výběr.

Na podaný návrh reagoval zadavatel stanoviskem ze dne 18.2.2004, ve kterém doslovně cituje odůvodnění rozhodnutí o námitkách, neboť návrh uchazeče INSKY je po obsahové stránce shodný s námitkami. Zadavatel připouští, že způsob prokazování finančních předpokladů pro plnění veřejné zakázky nestanovil v soutěžních podmínkách jednoznačně a srozumitelně, když požadavek na doložení referencí či potvrzení o finanční situaci společnosti a výši možného úvěru lze interpretovat i takovým způsobem, že podmínka doložení referencí či potvrzení se vztahuje pouze k finanční situaci společnosti a nikoliv již k výši možného úvěru. Z uvedeného důvodu po přezkoumání námitek původně vyloučeného uchazeče SDS EXMOST uznal jeho argumentaci dvojího možného výkladu stanoveného požadavku a rozhodnutí o vyloučení jmenovaného uchazeče zrušil. K dalšímu tvrzení uchazeče INSKY, že vybraný uchazeč neprokázal další předpoklady pro plnění veřejné zakázky rovněž v některých dalších bodech, zadavatel uvádí, že s ohledem na zřejmou neurčitost takového tvrzení jej není schopen přezkoumat.

Uchazeč SDS EXMOST ve svém stanovisku k návrhu ze dne 12.3.2004 uvádí v souvislosti s prokázáním finančních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, že zadavatel požadoval v soutěžních podmínkách doložení přístupu k úvěru a dalším finančním zdrojům, nikoliv doklad o zajištění a potvrzení úvěru bankou. Uchazeč SDS EXMOST vyjadřuje přesvědčení, že prokazatelně doložil bankovní informaci o své finanční stabilitě, neboť bankovní ústav písemně deklaroval připravenost vstoupit s uchazečem do jednání o poskytnutí úvěru. Dle názoru jmenovaného uchazeče je požadavek zadavatele na konkrétní výši úvěru v okamžiku, kdy není odůvodněna jeho potřeba a není známa jeho výše, nesplnitelný. Doložením referencí o své finanční situaci i o možnosti poskytnutí adekvátního úvěru uchazeč SDS EXMOST dle svého názoru podmínky zadání splnil. K požadavku zadavatele na prokázání systému zajištění jakosti pak uchazeč SDS EXMOST sděluje, že systém zajištění jakosti měl být prokázán v souladu s požadavky Věstníku dopravy č. 9 ze dne 2.5.2001, v němž nejsou geodetické práce a dopravní značení do systému řízení jakosti zahrnuty. Průzkumné a diagnostické práce uchazeč řádně doložil prostřednictvím certifikátu příslušného subdodavatele oprávnujícího k provádění diagnostických prací. Z uvedených skutečností je zřejmé, že uchazeč SDS EXMOST odbornou způsobilost řádně doložil. Jmenovaný uchazeč současně vyjadřuje pochybnosti o způsobu získání informací z nabídky uchazečem INSKY, neboť v návrhu uvádí údaje, které nejsou veřejně přístupné. Vybraný uchazeč navrhuje, aby orgán dohledu návrhu nevyhověl a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky potvrdil.

Na stanovisko uchazeče SDS EXMOST reagoval dne 16.4.2004 uchazeč INSKY a uvádí, že smyslem požadavku zadavatele na doložení výše úvěru (s objemem vyšším než 40 mil. Kč) nebylo vlastní financování stavby, ale doložení možnosti zajištění tzv. provozního úvěru, jímž bude vybraný uchazeč garantovat bezproblémový průběh veřejné zakázky. Nesplnění uvedeného požadavku zadavatele považuje jmenovaný uchazeč za neprokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky ze strany vybraného uchazeče SDS EXMOST. Jeho argumentace týkající se řádného doložení certifikace systému řízení jakosti, se dle názoru uchazeče INSKY nezakládá na pravdě, neboť certifikát subdodavatele, který vybraný uchazeč ve své nabídce předložil, nezahrnuje oprávnění k provádění diagnostických prací na mostech. Podle zjištění získaných při zpracování vlastní nabídky uchazeč INSKY uvádí, že subdodavatel uvedený v nabídce uchazeče SDS EXMOST nevlastní „Oprávnění k provádění průzkumných a diagnostických prací souvisejících s výstavbou, opravami, údržbou a správou pozemních komunikací“ ani živnostenský list „Prohlídky, průzkumy a diagnostika staveb“, které jsou nezbytnou podmínkou k provádění těchto činností. Z uvedených důvodů se uchazeč INSKY domnívá, že nebyl prokázán požadovaný systém zajištění jakosti a došlo k porušení § 2a odst. 5 zákona, neboť vybraný uchazeč ve své nabídce neuvedl přehled všech osob, s jejichž pomocí předpokládá splnění veřejné zakázky. Uchazeč INSKY rovněž popírá tvrzení uchazeče SDS EXMOST o získávání informací z nahlížení do konkrétních částí nabídky vybraného uchazeče, a uvádí, že svá tvrzení formuloval pouze jako domněnky.

Na základě žádosti Úřadu zadavatel zaslal své písemné stanovisko ze dne 8.4.2004 k zahájení správního řízení, ve kterém k vyřazení společné nabídky uchazečů SANGREEN, spol. s r.o., a COLAS CZ, a. s., ze soutěže uvádí, že se nejednalo pouze o chybné označení názvu stavby ve formuláři, ale rovněž obsahové náležitosti formuláře se vztahovaly k jiné stavbě. Pro zadavatele byl formulář vyplněný chybným způsobem nepoužitelný, a proto konstatoval nesplnění podmínek zadání a uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži. Ke svému postupu týkajícímu se ponechání uchazeče Stavby silnic a železnic, a. s., v soutěži po písemném upřesnění jeho nabídky, se zadavatel nevyjádřil. K otázce úplnosti nabídky jmenovaného uchazeče v souvislosti s předložením nevyplněného formuláře 4.6.7 zadavatel uvedl, že požadované údaje sice nebyly vyplněny v příslušném formuláři, uchazeč je ovšem podrobně popsal v textu, který následoval za tabulkami, a doložil rovněž požadované certifikáty a osvědčení o autorizaci. Z uvedených důvodů zadavatel konstatoval, že jmenovaný uchazeč předpoklad systému zajištění jakosti splnil.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30.4.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 34 odst. 4 zákona, že při posuzování nabídek z hlediska obsahového splnění podmínek soutěže nevyloučil uchazeče SDS EXMOST, přestože jeho nabídka neobsahovala údaje, jejichž předložení zadavatel požadoval. Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uložil mu provést nový výběr.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel požadoval od uchazečů o veřejnou zakázku přístup k úvěru k zajištění požadovaných finančních toků v průběhu realizace zakázky s finančním objemem vyšším než 40 mil, přičemž toto konkretizoval požadavkem na vyplnění formuláře č. 4.4 „Finanční výkazy“, který je přílohou zadávací dokumentace. Uchazeč SDS EXMOST požadovaný vyplněný formulář ve své nabídce předložil, přičemž nedílnou součástí formuláře učinil přílohu ve formě úředně ověřené kopie „Bankovní informace na vlastní žádost“, v níž se bankovní ústav vyjadřuje k finanční situaci jmenovaného uchazeče a mimo jiné potvrzuje, že „banka je připravena vstoupit s klientem do

jednání o případném poskytnutí úvěru“. Úřad konstatuje, že zadavatel svůj požadavek jednoznačně stanovil tak, že v každém případě by měl být úvěr větší než 40 mil. Kč, tzn. v částce přesahující 40 mil. Kč. Formulář 4.4 vyplněný uchazečem SDS EXMOST ani jeho přílohy však neobsahovaly údaj o konkrétní výši možného úvěru v Kč a předložené potvrzení banky dle názoru Úřadu nedokládá, že jednání o poskytnutí úvěru bude úspěšné a úvěr skutečně bude poskytnut. Proto Úřad konstatuje, že uchazeč SDS EXMOST nesplnil finanční předpoklad pro plnění veřejné zakázky. Zadavatel tedy postupoval v rozporu se zákonem, pokud vyhověl námitkám jmenovaného uchazeče, zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení a uchazeče zařadil zpět do soutěže. V souvislosti s otázkou doložení certifikace uchazečem SDS EXMOST v případě průzkumných a diagnostických prací Úřad uvádí, že jmenovaný uchazeč předložil ve své nabídce kromě certifikátu subdodavatele, který potvrzuje shodu systému řízení jakosti pro projektovou a inženýrskou činnost ve stavebnictví pro přípravu stavby, realizaci stavby – realizaci projektu v praxi, a pro činnost po dokončení stavby s normou ČSN EN ISO 9001:2001 (vyjma návrhu a vývoje), také výpis z Obchodního rejstříku subdodavatele, v němž je jako předmět podnikání mimo jiné uvedena inženýrská činnost v investiční výstavbě, pod níž lze provádění průzkumných a diagnostických prací zahrnout. Úřad zjistil, že uchazeč SDS EXMOST i jeho subdodavatel disponují požadovaným osvědčením o autorizaci, a dále z internetových stránek subdodavatele vybraného uchazeče si Úřad ověřil jména osob, které disponují „Oprávněním k výkonu hlavních a mimořádných prohlídek mostů pozemních komunikací“, tzn. mají oprávnění provádět prohlídky (diagnostiku) mostů. Na základě těchto skutečností dospěl Úřad k závěru, že subdodavatel vybraného uchazeče má oprávnění k provádění průzkumných a diagnostických prací, a uchazeč SDS EXMOST tedy ve své nabídce prokázal předpoklad systému řízení jakosti. Úřad ve svém rozhodnutí dále uvádí, že vady společné nabídky uchazečů SANGREEN, spol. s r. o., a COLAS CZ, a. s., kvůli kterým zadavatel rozhodl o jejich vyloučení z další účasti v soutěži, byly z hlediska formálního evidentně chybou v psaní nezakládající oprávněný důvod k vyloučení uchazečů z další účasti v soutěži. K postupu zadavatele při posuzování splnění předpokladu systému zajištění jakosti uchazečem Stavby silnic a železnic, a. s., Úřad uvádí, že tento nelze v kontextu šetřeného případu akceptovat, a to z důvodu, že stanoví-li si zadavatel přísná kritéria pro posouzení a hodnocení nabídek, a to jak z hlediska obsahového, tak z hlediska formálního, je povinen je aplikovat ve stejné míře vůči všem uchazečům o veřejnou zakázku.

Proti uvedenému rozhodnutí podal uchazeč SDS EXMOST rozklad, ve kterém namítá, že předmětná veřejná zakázka má být plně financována z prostředků strukturálního fondu. Zadavateli tedy nevzniká potřeba přístupu k úvěru a vymezení takového požadavku v soutěžních podmínkách se proto uchazeči SDS EXMOST jeví jako neopodstatněné a nefunkční. Zamýšlel-li zadavatel financovat veřejnou zakázku z prostředků získaných úvěrem, měl dle jeho názoru vyhlásit výběrové řízení na poskytovatele úvěru. Uchazeč SDS EXMOST současně zdůrazňuje, že požadavek doložení přístupu k úvěru a dalším finančním nástrojům prokazatelně splnil, když řádně doložil bankovní informaci o své finanční stabilitě, v níž bankovní ústav deklaroval připravenost vstoupit se svým klientem do jednání o případném poskytnutí adekvátního úvěru. Uchazeč dále namítá praktickou nesplnitelnost požadavku zadavatele na doložení přístupu k úvěru v konkrétní výši v době, kdy není odůvodněna jeho potřeba a známa jeho skutečná výše. Uchazeč SDS EXMOST uvádí, že disponuje i aktivy plně postačujícími k překlenutí časové prodlevy mezi realizací díla a splatností faktur, a to i bez zajištění finančního krytí veřejné zakázky úvěrem. Uchazeč dále namítá, že soutěžní podmínky nestanovují přesnou dikci dobrozdání banky o finanční stabilitě klienta, z čehož vyvozuje, že vyjádření bankovního ústavu předložené v jeho nabídce nelze v souvislosti s prokázáním finančního předpokladu považovat za nedostačující. Pokud by

ovšem závěry vyvozené orgánem dohledu byly správné, lze dospět k názoru, že finanční předpoklad neprokázal ani uchazeč INSKY. Způsob prokázání finančního předpokladu pro plnění veřejné zakázky zadavatel dle názoru uchazeče SDS EXMOST nevymezil jednoznačně a srozumitelně, neboť jej lze interpretovat i takovým způsobem, že se podmínka doložení referencí či potvrzení vztahuje pouze k finanční situaci a nikoliv již k výši možného úvěru. V této souvislosti uchazeč odkazuje i na souhlasné stanovisko samotného zadavatele. Uchazeč v rozkladu konečně vyjadřuje rovněž pochybnosti o „nezaujatosti“ pracovníků Úřadu podílejících se na rozhodnutí, když před vydáním rozhodnutí neseznámili účastníky řízení se všemi procesními kroky, jimiž byly zjišťovány podkladné skutečnosti, a neumožnili jim účast na jednotlivých procesních úkonech, včetně případného vyjádření se ke zjištěným skutečnostem.

K podanému rozkladu se dne 11.6.2004 vyjádřil uchazeč INSKY a uvádí, že se s napadeným rozhodnutím ztotožňuje. K otázce financování veřejné zakázky, objektivnosti a splnitelnosti požadavku zadavatele na prokázání přístupu k úvěru uchazeč uvádí, že smyslem požadavku zadavatele na doložení výše úvěru s finančním objemem vyšším než 40 mil. Kč nebylo vlastní financování stavby, ale doložení možnosti zajištění tzv. provozního úvěru, jímž bude vybraný uchazeč garantovat bezproblémový průběh realizace veřejné zakázky. Nesplnění požadavku na prokázání přístupu k úvěru považuje uchazeč INSKY za neprokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky. K tomu dále dodává, že vymezení požadavku na doložení přístupu k úvěru v podmínkách soutěže je právem zadavatele a jeho nesplnění je důvodem pro vyloučení uchazeče z účasti v soutěži, bylo-li i rozhodnutím Úřadu potvrzeno, že o formě prokázání finančního předpokladu nebylo pochyb, neboť ostatní uchazeči o veřejnou zakázku jej řádně prokázali, a to stejným způsobem. Uchazeč INSKY ovšem nesouhlasí s konstatováním napadeného rozhodnutí, že podmínka doložení úvěru s finančním objemem vyšším než 40 mil. Kč jím nebyla splněna, neboť v předložené nabídce deklaroval okamžitý přístup k finančním prostředkům, a to nad rámec zadání veřejné zakázky. Na podporu svého tvrzení uvádí jako důkaz vyjádření bankovního ústavu, které bylo poskytnuto pro účely šetřené veřejné zakázky a z něhož jednoznačně vyplývá možnost okamžitého poskytnutí finančních prostředků např. za účelem realizace zadávané stavby, a to v řádu osmiciferných čísel. Z uvedeného důvodu jmenovaný uchazeč nesouhlasí se závěrem vysloveným uchazečem SDS EXMOST v podaném rozkladu, že neprokázání finančního předpokladu je důvodem pro vyloučení uchazeče INSKY z další účasti v soutěži. Ke zpochybnování „nezaujatosti“ pracovníků Úřadu podílejících se na rozhodnutí uchazeč INSKY pouze konstatuje, že je přesvědčen o objektivnosti a zákonnosti všech úkonů Úřadu.

K podanému rozkladu doručil Úřadu své vyjádření ze dne 11.6.2004 i uchazeč MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, přičemž uvádí, že se ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí, ovšem současně připouští, že lze souhlasit také s tvrzením uchazeče SDS EXMOST, který v podaném rozkladu namítá neprokázání finančních předpokladů rovněž ze strany uchazeče INSKY, což zakládá stejný důvod pro vyloučení z další účasti v soutěži.

Dne 1.9.2004 doručil uchazeč SDS EXMOST Úřadu doplnění rozkladu, ve kterém odkazuje na „precedenční“ rozhodnutí Úřadu č. j. VZ/S81/04-152/3482/04-jl ze dne 15.7.2004, ze kterého cituje: „k hodnocení nabídek v jednotlivých kritériích je nutno zdůraznit, že odborné posouzení a hodnocení nabídek (zda a jak nabídky splňují požadavky zadavatele uvedené v zadání veřejné zakázky) ponechává zákona na zadavateli ... orgán dohledu nemůže zadavatele v odborném hodnocení nabídek zastoupit a naříditi zadavateli, jak má nabídky v jednotlivých kritériích hodnotit, případně nač má klást důraz, neboť v jeho kompetenci je dohled nad rámcem, ve kterém probíhá výběr nejvhodnější nabídky, tedy, zda

postup zadavatele v průběhu veřejné zakázky byl v souladu se zákonem.“ Z uvedeného uchazeč SDS EXMOST dovozuje, že pokud zadavatel jeho nabídku přijal jako způsobilou, tedy že splnila zadávací podmínky, mělo být rozhodnuto tak, že se návrh zamítá.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S29/04-152/1968/04-Der ze dne 30.4.2004 na základě zjištěného porušení zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uložil zadavateli provést nový výběr na podkladě nového posouzení nabídek, rozhodl správně v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci rozkladu uvádím následující:

Zadavatel si v podmínkách zadání veřejné zakázky mimo jiné stanovil požadavek na prokázání finančních předpokladů v rámci stanovení dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 2f zákona. V článku 2.5.4. soutěžních podmínek zadavatel doslovně uvádí, že „uchazeč musí mít přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům adekvátním k zajištění požadovaných finančních toků během realizace zakázky. V každém případě by měl být úvěr větší než 40 mil. Kč“. Způsob prokazování tohoto dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky zadavatel blíže vymezení v bodě 4.4.5 formuláře, jež tvoří nedílnou součást zadávací dokumentace a zadavatel v něm ukládá zájemcům o veřejnou zakázku „připojte reference/potvrzení o finanční situaci společnosti a výši možného úvěru (uvést maximální objem úvěru)... v Kč nebo v ekvivalentu Kč“. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel požadoval po uchazečích prokázání přístupu k úvěru v konkrétní výši minimálně 40 mil. Kč.

Tento konkrétní požadavek zadavatele uchazeč SDS EXMOST nesplnil, když při prokázání tohoto dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky předložil vyjádření banky, ve kterém se pouze uvádí, že „banka je připravena vstoupit s klientem do jednání o případném poskytnutí úvěru“. Z uvedeného dokumentu však nevyplývá, že úvěr bude v konečném výsledku skutečně poskytnut a již vůbec v něm není garantovaná jeho minimální výše v částce 40 mil. Kč.

K přesvědčení uchazeče SDS EXMOST, že finanční předpoklad řádně prokázal předložením bankovní informace o své finanční stabilitě, uvádím, že argument uváděný jmenovaným uchazečem, že je opakovaně ziskovou společností, což vyplývá z článku 4.4.4 formuláře „Finanční výkazy“, se sice zakládá na pravdě, nekoresponduje ovšem s požadavkem zadavatele na doložení přístupu k úvěru s finančním objemem vyšším než 40 mil. Kč, neboť taková informace z předloženého potvrzení nevyplývá. Přístup k úvěru a dalším finančním zdrojům je obsahem článku 4.4.6. příslušného formuláře. Vymezil-li zadavatel konkrétní požadavek na doložení přístupu k úvěru, je bezpředmětné argumentovat i jinými možnostmi finančního zajištění realizace veřejné zakázky, což současně nevyklučuje, že takové zajištění nebude v praxi následně využito. Z uvedeného důvodu se jeví neúčelnou diskuse o obsahovém naplnění zadavatelem vymezeného požadavku, byla-li potřeba zadavatele stanovena do konkrétního požadavku na doložení přístupu k úvěru a jiným finančním zdrojům. V této souvislosti je rovněž možné konstatovat, že úvěr v šetřené zakázce

neplní a priori funkci uhrazovací, jak dovozuje uchazeč SDS EXMOST, ale především funkci zajišťovací, neboť smyslem požadavku zadavatele na doložení výše úvěru o objemu vyšším než 40 mil. Kč nebyl předpoklad financování stavby ze strany vybraného uchazeče, ale garance bezproblémového průběhu realizace veřejné zakázky. Obdobně argumentuje ve svém písemném stanovisku rovněž uchazeč INSKY.

K pochybnostem uchazeče SDS EXMOST o opodstatněnosti a funkčnosti vymezení předmětného požadavku zadavatelem konstatují, že záleží plně na zadavateli, jaké podmínky pro splnění zadávané veřejné zakázky stanoví, jsou-li v souladu se zákonem a základními principy procesu zadávání veřejných zakázek. Vymezení dalších předpokladů se vždy odvíjí od potřeb zadavatele specifických pro každou veřejnou zakázku. S vymezením finančního předpokladu v šetřené veřejné zakázce, jeho účelem a způsobem jeho prokázání je případně možno ze strany uchazečů o veřejnou zakázku polemizovat, v žádném případě však nelze konstatovat porušení zákona.

K otázce stanovení přesného obsahu dobrozdání bankovního ústavu o finanční stabilitě klienta je možno souhlasit s tvrzením uchazeče SDS EXMOST, že v soutěžních podmínkách nebyly stanoveny striktní požadavky na bankovní potvrzení z hlediska jeho formy. Požadavek zadavatele na doložení částky úvěru vyšší než 40 mil. Kč však byl formulován jednoznačně, jak uvedeno výše, a proto se nezakládá na pravdě tvrzení uchazeče SDS EXMOST, že jím předložené potvrzení bankovního ústavu je plně dostačující k prokázání finančního předpokladu pro plnění veřejné zakázky.

V návaznosti na výše uvedené považují za nezbytné vyjádřit se rovněž k námitce uchazeče INSKY, kterou vznesl ve svém stanovisku k podanému rozkladu v souvislosti s konstatováním napadeného rozhodnutí, že neprokázal finanční předpoklad doložením přístupu k úvěru s finančním objemem vyšším než 40 mil. Kč. Po přezkoumání předložené dokumentace a nabídky uchazeče INSKY včetně jejích stran 127 a 128 mohu konstatovat, že uchazečem odkazované vyjádření České spořitelny a. s. obsahuje bankovní informace týkající se základního kapitálu, bankovních účtů, úvěrového zatížení klienta a jeho celkového hodnocení. Ke zmiňovanému účtu klienta pak bankovní ústav uvádí, že se jedná „o účet s kontokorentním úvěrem s povoleným rámcem s osmiciferným zůstatkem při střední hranici, průměrná výše kreditních zůstatků za poslední 3 měsíce se pohybuje v osmiciferném řádu“. Vzhledem k tomu, že kontokorentní úvěr je krátkodobý úvěr, poskytovaný za stanovených podmínek k běžnému (kontokorentnímu) účtu, který lze automaticky čerpat až do stanovené výše (úvěrového rámce) při výdajích z účtu, které převyšují jeho zůstatek (vzniká záporný zůstatek), je možno se ztotožnit s tvrzením uchazeče INSKY, že citovanou bankovní informaci v kontextu s definicí kontokorentního úvěru lze skutečně interpretovat tak, že uchazeč může okamžitě čerpat z bankovního účtu krátkodobý úvěr v řádu osmiciferných čísel, tj. v desítkách milionů, a tedy že jmenovaný uchazeč požadavku zadavatele na prokázání dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky vyhověl.

K námitce podjatosti pracovníků podílejících se na přípravě napadeného rozhodnutí, která byla dle názoru uchazeče SDS EXMOST příčinou neprovedení procesních úkonů v souladu se zákonem, po přezkoumání postupu Úřadu konstatují, že veškeré nezbytné správní úkony byly provedeny standardním způsobem a v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek i souvisejícími právními předpisy. Účastníky správního řízení Úřad řádně a v souladu se svými povinnostmi seznámil s rozhodnými skutečnostmi dopisy ze dne 27.2.2004 a 31.3.2004 a účastníci tak měli možnost požádat o nahlížení do správního spisu či vyjádřit se k provedeným procesním úkonům. S ohledem na skutečnost, že již ve fázi zahájení

správního řízení bylo všem účastníkům správního řízení oznámeno, že Úřad nenařizuje ústní jednání, Úřad neporušil svou povinnost umožnit účastníkům řízení účast na jednotlivých procesních úkonech.

Veškerá nová zjištění týkající se průběhu správního řízení (zahájení správního řízení, stanoviska obdržená ke správnímu řízení), která byla podkladem rozhodnutí, byla účastníkům řízení oznámena. Vlastní šetření v souvislosti s ověřením prokázání předpokladu systému řízení jakosti bylo Úřadem prováděno za účelem objektivního zjištění skutečného stavu věci a vycházelo ze skutečností všeobecně známých (proces certifikace a prokazování systému řízení jakosti v oboru pozemních komunikací), či ze skutečností známých účastníkům správního řízení (Věstník dopravy), z čehož pro Úřad nevyplývala povinnost ověřené skutečnosti účastníkům řízení výslovně oznamovat. Zpochybňování nezaujatosti pracovníků Úřadu proto považuji za bezdůvodné.

V doplnění svého rozkladu ze dne 31.8.2004 uchazeč SDS EXMOST dovozuje, že Úřad není oprávněn přezkoumávat rozhodnutí zadavatele, pokud ten posoudil nabídku tak, že splnila zadávací podmínky. Ve svém názoru vychází uchazeč mimo jiné z „precedenčního“ rozhodnutí Úřadu a rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 1/99 a 2A 7/2000. K tomu uvádím, že v citovaných rozsudcích se mimo jiné uvádí, že v kompetenci Úřadu jakožto orgánu dohledu ve smyslu ustanovení § 51 zákona je dohled nad dodržováním právního rámce, ve kterém probíhá hodnocení a posuzování nejvhodnější nabídky. V souladu se textem citovaného rozsudku postupoval Úřad i v šetřeném případě, když v postupu zadavatele zjistil porušení právě tohoto právního rámce, konkrétně porušení ustanovení § 34 odst. 4 zákona, a proto uložil zadavateli předmětné rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušit.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – Nusle, zast. Ing. Petrem Laušmanem,
2. SDS EXMOST spol. s s. r., se sídlem Lipová 28, 602 00 Brno, zast. Ing. Pavlem Jankůjem,
3. INSKY spol. s. r. o., se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, zast. Lubomírem Červinským,
4. MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL, stavební firma, výroba prefabrikátů a kamenolomy Plzeň- Dobřany, kom. spol., se sídlem lom Hamr, 340 01 Sušice, zast. Josefem Krýslem,
5. spis.